

La libertad sindical en el fútbol profesional.

STS-SOC núm. 6/2020, de 8 de enero.

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

Resumen: Los beneficios derivados de la distribución de derechos audiovisuales en el fútbol profesional propicia un conflicto en torno al alcance del derecho de libertad sindical en el sector. Si el acceso a dichos beneficios se reserva únicamente a los afiliados al sindicato mayoritario, el resto de futbolistas no afiliados -o afiliados a otro sindicato- consideran vulnerada su libertad sindical individual.

Palabras clave: Libertad sindical, futbolistas profesionales, derecho de afiliación, pactos fin de huelga, ventajas reservadas en la negociación colectiva.

Abstract: The benefits derived from the distribution of audiovisual rights in professional football lead to a conflict over the scope of the right to trade union freedom. If access to such benefits is reserved only to members of the majority trade union, all other non-affiliated footballers -or members of another union- shall be deemed to have their individual freedom of association violated.

Keywords: Trade union freedom, professional footballers, right of affiliation, end of strike agreements, advantages reserved in collective bargaining.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número y fecha de la sentencia: sentencia núm. 6/2020, de 8 de enero.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 216/2018.

Número de Resolución: 6/2020.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Fuente: CENDOJ.

Votos particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" es un sindicato de ámbito estatal que representa a futbolistas profesionales de todas las categorías oficiales, con estatutos depositados el 31 de enero de 2018, BOE, de 1 de marzo. El 17 de abril de 2018 se

comunica a la Asociación de Futbolistas Españoles -AFE- la constitución de este nuevo sindicato. En el momento de presentar la demanda, el 3 de mayo de 2018, el citado sindicato cuenta con 2128 afiliados en situación de alta y al corriente del pago de sus cuotas, de los cuales 2096 afiliados son futbolistas profesionales en activo pertenecientes a alguna de las categorías del fútbol profesional español, 29 son futbolistas retirados y 3 son otros profesionales del fútbol.

Por su parte, la Liga Nacional de Fútbol profesional (en adelante, La Liga), es una asociación deportiva de derecho privado que, a tenor de lo establecido en los artículos 12 y 41 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, BOE, 17, del Deporte, está integrada exclusiva y obligatoriamente por todas las sociedades anónimas deportivas y clubes que participan en competiciones oficiales de fútbol de ámbito estatal y carácter profesional, y le corresponde legalmente la organización de dichas competiciones, en coordinación con la Real Federación Española de Fútbol.

En mayo de 2015, AFE convoca una huelga por desacuerdos con la regulación de la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional. La Liga presenta demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por entender que parte de los objetivos de la huelga persiguen la modificación de acuerdos ya firmados y en vigor. En el transcurso del procedimiento, seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, AFE y la Liga firman un acuerdo de conciliación que pone fin a la huelga el 9 de octubre de 2015. En cumplimiento del mismo, AFE elabora, entre otros documentos, un Reglamento del Plan de Ahorro de Futbolistas en diciembre de 2016 con vigencia desde julio de ese mismo año, fecha de inicio de la temporada 2016/17. El Reglamento continuará vigente durante las temporadas siguientes, sin establecer plazo de finalización, percibiendo el 0,5% de la Liga del importe total de los ingresos obtenidos por la explotación de los contenidos audiovisuales.

El objeto del Reglamento es la creación y regulación de un Plan de Ahorro que también se denomina "Fondo Fin de Carrera", que consiste en establecer prestaciones económicas a favor de los futbolistas y sus causahabientes, con motivo de la finalización de su carrera deportiva, incapacidad permanente o fallecimiento. Los futbolistas destinatarios de las prestaciones económicas -los asegurados-, son únicamente aquellos que estén afiliados al sindicato demandado AFE y al corriente de pago en sus cuotas de afiliación y que además deberán pertenecer a alguna de las categorías del campeonato nacional de fútbol indicadas en el mismo. Se trata de un servicio exclusivo para sus afiliados/as. El asegurado pasa a ser considerado "asegurado en activo" y deberá remitir en cada temporada una solicitud de inscripción del Plan de ahorro, que se renueva temporada a temporada. Si no lo hiciera, será considerado "asegurado en suspenso" y, en tal caso, AFE no estará obligada a realizar aportación alguna a su favor, aunque sí respetaría sus derechos económicos por lo ya aportado. También pasará a ser considerado "asegurado en suspenso" si dejara de estar afiliado a AFE o al corriente de pago en sus cuotas de afiliación o dejase de competir en las categorías del fútbol citadas anteriormente. Las prestaciones previstas en el Plan de Ahorro a favor de los citados futbolistas afiliados a AFE se aseguran mediante un contrato de seguro colectivo, en el que se especifican los elementos generales y específicos del aseguramiento en cuestión.

En este contexto, el Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" interpone demanda sobre tutela de derechos fundamentales con fecha 3 de mayo de 2018 de la que también conocería la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En su demanda, el Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" hace constar que se trata de una organización sindical que existe desde principios de 2018, que posee futbolistas afiliados en número relevante y que las exigencias del Reglamento-AFE de 2016 sobre afiliación y abono de cuotas resultan incompatibles con la libertad sindical. Invoca, en este sentido, jurisprudencia constitucional y ordinaria adversa a la creación de incentivos económicos que condicionen la posición del trabajador frente al sindicato beneficiado pues ello supone una presión indirecta para integrarse en dicha asociación. Sostiene que las citadas exigencias se separan del acuerdo alcanzado

ante la Audiencia Nacional en 2015, verdadero pacto de fin de huelga que posee la misma eficacia que el Convenio Colectivo sectorial, es decir, general. Por otro lado, tampoco la fuente de financiación justifica que sólo los afiliados al sindicato firmante puedan alcanzar los beneficios del Plan de Ahorro. En consecuencia, suplica que se dicte sentencia por la que se declare *“la nulidad radical del punto 2.5 del Reglamento del Plan de Ahorro de Futbolistas de 20 de diciembre de 2016, únicamente en la parte que describe los requisitos para ser considerado Asegurado en Activo en los epígrafes a) y b): “a) El Futbolista deberá estar afiliado a AFE. b) El Futbolista deberá estar al corriente en el pago de las cuotas de AFE.” Ordene el cese del comportamiento antisindical y por tanto deje de exigirse la afiliación a AFE para tener la condición de Asegurado en Activo del Plan de Ahorro o Fondo Fin de Carrera”*. Petición avalada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de 16 de julio de 2018.

III. Posiciones de las partes

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación en nombre de AFE en septiembre de 2018. Alega falta de legitimación activa del sindicato demandante al carecer éste de suficiente implantación en el colectivo al que afecta el impugnado Reglamento. Por lo demás, descarta que se haya vulnerado la libertad sindical de una asociación inexistente cuando se concierta el acuerdo Liga-AFE o cuando se aprueba el Reglamento impugnado. Advierte asimismo que el acuerdo no posee eficacia general, sino que es independiente del Convenio Colectivo y que se circunscribe únicamente a los afiliados a la AFE toda vez que se trata de un pacto extraestatutario que posee autonomía respecto del Convenio Colectivo. En consecuencia, solicita una sentencia que anule la de instancia, sea por la falta de legitimación activa del sindicato demandante, sea por la ausencia de las vulneraciones que la Audiencia Nacional ha apreciado en el Reglamento.

En su impugnación, el Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" defiende su legitimación activa puesto que la pervivencia del Reglamento le resulta lesiva, señala que no se está cuestionando el acuerdo fin de huelga de 2015, que la falta de implantación en el colectivo constituye una cuestión nueva y que además el sindicato sí posee suficiente implantación. En cuanto a la cuestión de fondo, recoge jurisprudencia sobre vulneración de la libertad sindical, advierte que los argumentos de la sentencia recurrida no se han desvirtuado y recuerda que una cosa es la naturaleza del pacto de fin de huelga (distinta a la del Convenio Colectivo estatutario) y otra bien distinta su eficacia (que es la misma que la del Convenio estatutario).

Por su parte, la Liga considera que el recurso carece de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para prosperar. Advierte que la afiliación a la AFE no aparece contemplada en el acuerdo de 2015 sino sólo en el posterior Reglamento que elabora el propio sindicato. Además, la implantación del Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" entre el colectivo afectado por el acuerdo de 2015 ha quedado acreditada y, por tanto, su legitimación activa es incuestionable. En cuanto a la cuestión de fondo, indica que la independencia del Convenio Colectivo respecto del acuerdo de 2015 nada tiene que ver con la restricción de su ámbito aplicativo a los afiliados a la AFE, citando al efecto diversa jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Finalmente, el Ministerio Fiscal manifiesta que la legitimación activa del Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" deriva del dato de contar con afiliados pertenecientes a alguna de las categorías del fútbol profesional español. Considera que pugna con el artículo 14 de la Constitución que los futbolistas puedan beneficiarse de un Plan financiado por la patronal en función de su afiliación a determinado sindicato. Y, en cuanto al recurso de casación interpuesto, plantea su desestimación principalmente por entender que ha quedado acreditada la implantación del Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" en el ámbito del conflicto, además de que el tenor del Reglamento comporta una grave discriminación por razón de afiliación sindical. Por lo que se refiere al fondo del asunto, entiende que el acuerdo de 2015 no restringe su aplicación a los afiliados a la AFE y que el ulterior Reglamento es el que sí vulnera la libertad

sindical. En consecuencia, estima que no cabe restringir los beneficios de un acuerdo a quienes están afiliados al sindicato pactante.

Las premisas, por tanto, de las que parte la resolución de esta controversia son: a) conforme al acuerdo suscrito ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (2015), un 0,5% de los ingresos obtenidos por la comercialización de los derechos audiovisuales revierte "a favor de los futbolistas" tanto mientras siguen activos como al finalizar esa etapa; b) los fondos transitan desde la Liga a la AFE quien, "como sindicato mayoritario de los futbolistas profesionales", se compromete a gestionar la cuantía recibida y puede repercutir en ella los gastos que origine; c) el Reglamento elaborado por AFE dispone, a fin de cumplir lo pactado y entre otros requisitos, que pueden acceder a sus beneficios los futbolistas (en activo, o "en suspenso") que cumplan la doble condición de estar afiliado al sindicato (sin que se exija un periodo de carencia) y hallarse al corriente en el pago de las correspondientes cuotas; d) mediante su demanda de tutela de la libertad sindical, el Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" pone de relieve su existencia desde 2018, no pudiendo ya exigirse la afiliación a la AFE para acceder al Reglamento de 2016; e) a su solicitud de nulidad de ese requisito no añade el Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" *"ni el abono de una indemnización por vulneración de la libertad sindical, ni que se le asigne una parte proporcional del 0,5% contemplado en esas fuentes obligacionales, ni que se le permita integrarse en la administración del Fondo como tampoco solicita que los beneficios se extiendan (solo) a sus afiliados, aunque esa consecuencia deriva de lo que solicita"*; y e) la sentencia recurrida acoge la pretensión del Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON", previa desestimación de las excepciones de falta de legitimación activa (respecto del citado sindicato) y pasiva (respecto de la Liga) esgrimidas por AFE.

IV. Normativa aplicable al caso

Artículo 28.1. de la Constitución Española: *"1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato"*.

Artículo 17.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS): *"2. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones"*.

Artículo 177.1 LRJS: *"1. Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios"*.

Artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS). *"2. Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a:....d) El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en*

todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes”.

Artículo 12 LOLS: *“Serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales”.*

Artículo 13 LOLS: *“Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”.*

Artículo 2.1 del Convenio núm.98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva: *“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”.*

Artículo 8.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, BOE, 9 sobre Relaciones de Trabajo: *“2...El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo”.*

Artículo 1.2. del Reglamento del Plan de Ahorro de Futbolistas: *“2... Del citado 0,5% que perciba AFE de la LNFP por el concepto anteriormente manifestado, AFE anualmente destinará a la creación del Plan de Ahorro un porcentaje del mismo para su utilización según las condiciones que se determinan en el presente Reglamento.”*

Artículo 2.5 del Reglamento del Plan: *“5. Podrán tener la condición de Asegurado del Plan de Ahorro, aquellos Futbolistas que reúnan los siguientes requisitos: a) el futbolista deberá estar afiliado a AFE; b) el futbolista deberá estar al corriente en el pago de las cuotas de AFE”.*

V. Doctrina básica

“A los efectos de legitimación de ON, resulta irrelevante el número de afiliados que tenga AFE y solo podría llegar a tener alguna importancia el reparto de afiliados que tuviera el primero, en las distintas categorías de deportistas a que va dirigido el Plan de Ahorro. Pero respecto de esta cuestión el recurso no ataca cuanto el Tribunal de instancia da como probado...Ello, con independencia de que se pudiera admitir la legitimación de un sindicato para cuestionar el tenor del Reglamento cuando argumentase que, precisamente, a causa del mismo se había desincentivado de modo decisivo el que los futbolistas se afiliaran a él. Recordemos que para la SAN 122/2018 es el hecho de no beneficiarse del Plan lo que produce en los futbolistas ajenos a la AFE un efecto disuasorio (no afiliarse al sindicato demandante)” (FJ 2).

“Ha quedado acreditado que ON es un sindicato de ámbito estatal que representa a futbolistas profesionales de todas las categorías oficiales, desempeña actividad sindical a partir del plazo legal que marca la ley de 20 días hábiles desde el depósito de los Estatutos, y a la fecha de la presentación de la demanda cuenta con más de 2000 afiliados. El colectivo representado coincide con el contemplado en el Acuerdo que pone fin a la huelga (“los futbolistas”, “los futbolistas profesionales a la finalización de su carrera profesional”, etc.)” (FJ 3).

“La existencia del vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito también concurre. ON ejerce su actividad sindical en el ámbito de los futbolistas profesionales y el

Reglamento exige la pertenencia a la AFE para causar derechos. Es innegable la desventaja que ello supone para el resto de sindicatos (como ON) y las personas no afiliadas a la AFE” (FJ 3).

“Basta con esas reflexiones para descartar que la SAN vulnere los preceptos o la jurisprudencia sobre legitimación sindical activa en materia de conflictos colectivos...El desincentivo para asociarse a ON es evidente a la vista de las exigencias contenidas en el Reglamento, de su origen y financiación. La jurisprudencia tanto ordinaria cuanto constitucional que se invoca de contrario viene en realidad a reafirmar la legitimación de Futbolistas ON, pues de prosperar finalmente su pretensión, la anulación de los artículos impugnados producirá automáticamente un efecto positivo en su actividad y eventual captación de militantes” (FJ 3).

“Restringir un beneficio que financia la organización patronal del sector a quienes acreditan afiliación a determinado sindicato (con exclusión de quienes optan por o pertenecer a ninguno o por incorporarse a otro) constituye un supuesto claro de desigualdad proscrita por nuestro marco protector de la libertad sindical. Las circunstancias cronológicas en que se pretende cimentar la validez de ese resultado (subrayando que AFE era el único sindicato sectorial) carecen de relevancia pues, como queda expuesto, aunque no se hubiera creado el sindicato ON, las referidas previsiones merecerían igual valoración. Porque no se trata solo de que quiebre el principio de no discriminación entre organizaciones sindicales, sino también de que deja de respetarse la libertad sindical individual” (FJ 4).

VI. Parte dispositiva

La sentencia decide: a) desestimar el recurso de casación interpuesto por AFE; b) confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos nº 109/2018, seguidos a instancia del Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON" contra dicha recurrente, la Liga, y el Ministerio Fiscal, sobre tutela de derechos fundamentales, y c) no realizar declaración expresa sobre imposición de costas.

VII. Pasajes decisivos

“La capacidad abstracta que tienen los sindicatos para la protección y defensa de los derechos de los trabajadores “no autoriza a concluir sin más que es posible a priori que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer ” (STC 201/1994 y 101/1996), siendo necesaria una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. Ese vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate habrá de ponderarse en cada caso y se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (STC 7/2001, 164/2003, 142/2004, 153/2007 y 202/2007). De lo que se desprende que -al margen de la condición de sindicato más representativo-, la legitimación del sindicato para accionar procesos colectivos exige la concurrencia de un doble requisito: a) suficiente implantación en el ámbito del conflicto; b) la existencia de un vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito del que se trate” (FJ 3).

“Digamos ya que consideramos inaceptable esa conclusión conforme a la cual una eventual discriminación sindical sería menos atacable cuanto mayor fuere su antigüedad, toda vez que los sujetos colectivos nacidos (o legitimados) con posterioridad carecerían de la posibilidad de cuestionarla. Y lo mismo cabe decir respecto del surgimiento de una especie de zona inmune al escrutinio antidiscriminatorio como consecuencia de un juego encadenado de negocios jurídicos (pacto de eficacia limitada y beneficios amparados en el mismo pero disciplinados por una regulación unilateral)” (FJ 4).

“Además, el sindicato demandante no ha interesado su incorporación al Acuerdo o a la gestión de los beneficios contemplados en él y en el posterior Reglamento, sino tan solo el cese de la exigencia de la afiliación a la AFE para poder acceder a sus beneficios. Obvio es que no estamos ante ventajas proporcionadas por un sindicato a los propios afiliados, sino por derechos emanados de un Reglamento que se ancla en el previo Acuerdo entre el citado sindicato y la asociación patronal, financiado por la LNFP, lo que proyecta de inmediato las garantías de la no discriminación por razones sindicales. Además, siendo evidente que el éxito de su demanda reporta un beneficio a ON (como hemos expuesto en el Fundamento Tercero), tampoco ha interesado que también se abra el Plan de Ahorro para sus afiliados, sino que se declare la nulidad radical de la exigencia en cuestión” (FJ 4)

VIII. Comentario

1. Aunque el artículo 28.1. CE de la Constitución Española explicita algunos aspectos de su contenido esencial (libertad de constitución de sindicatos, libertad de afiliación y no afiliación a sindicatos constituidos, libertad para la federación o confederación sindical, etc.), el Tribunal Constitucional ha venido precisando, al menos, dos aspectos. El primero, que la recapitulación que expresamente recoge el mencionado precepto sobre el contenido esencial no es completa. En este sentido reconoce que *“por muy detallado y concreto que parezca el artículo 28.1 CE a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad”* (STC 23/1983, FJ 2). Y, en segundo término, que, junto al contenido esencial, constituyen también parte del derecho a la libertad sindical todos aquellos otros derechos o garantías “adicionales” necesarios para el desarrollo del contenido esencial, si bien en este caso se permitirá una diferencia de trato entre los distintos sindicatos (STC 188/1995, FJ 5).

Con todo, el principal elemento de conflicto en la cuestión controvertida analizada apunta ser el de la libertad de afiliación toda vez que el hecho de no pertenecer a un sindicato -en este caso AFE- predetermina la imposibilidad de acceder al Plan de Ahorro creado para beneficio de los futbolistas profesionales al finalizar su carrera deportiva. Un aspecto éste, el de la libertad de afiliación sindical, nuclear -aunque no el único- de la libertad sindical individual. Esta última, como señalara en su día el Tribunal Constitucional, necesitada de una protección tanto frente al empresario como al propio sindicato y tanto en su vertiente positiva -libertad de afiliarse- como negativa -libertad para no hacerlo- (STC 38/1981, FJ 5). Y es en este último sentido en el que suelen precisarse todas las prohibiciones en cuanto a la discriminación surgida de la libertad sindical. Así, como señala el Convenio núm.117 de la OIT en su artículo 14.1 *“uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de...a) afiliación a un sindicato en materia de...c) condiciones de contratación y ascenso; d) facilidades para formación profesional; e) condiciones de trabajo; f) medidas de higiene, seguridad y bienestar; g) disciplina; h) tasas de salarios”*. En este mismo sentido, el artículo 1.2.b) del Convenio 98 OIT considera como posible acto discriminatorio el de *“sujetar el empleo de un trabajador a la condición de dejar de ser miembro de un sindicato”*. Términos en los que se pronuncian asimismo los artículos 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y 12 LOLS al prohibir las discriminaciones por razón de adhesión o no a los sindicatos y a sus acuerdos. La no afiliación sindical deberá corresponder, en consecuencia, a un acto libremente asumido por el trabajador y sin consecuencias negativas.

2. Esto no significa, sin embargo, que no sean admisibles determinadas ventajas para quienes se hallan afiliados a un sindicato, incluso en el ámbito convencional. Por una parte, porque el Convenio núm.87 OIT no aborda expresamente la vertiente negativa de la libertad sindical, admitiéndose cláusulas de seguridad sindical que obliguen a los trabajadores a sindicarse y a los empresarios a pactar con determinados sindicatos y a contratar a sus afiliados. Cuestión, como es sabido, no

resuelta en el Convenio núm.98 OIT en cuyo artículo 1 se prohíbe tan sólo los actos unilaterales empresariales discriminatorios por razones sindicales, pero no establece una prohibición o autorización de estas cláusulas que quedarán al libre arbitrio de cada país firmante.

En España no parece que exista duda sobre la inconstitucionalidad de este tipo de medidas de seguridad sindical toda vez que el artículo 28.1 CE reconoce expresamente la libertad sindical negativa al establecer que nadie pueda “ser obligado a afiliarse a un sindicato”, con un alcance bien claro para la jurisprudencia constitucional (SSTC 68/1982, 12/1983 y 20/1985, entre otras). Por lo demás, el artículo 4.2.c) LET reconoce el derecho del trabajador a no ser discriminado en el empleo o una vez empleado por razones de afiliación o no a un sindicato y los artículos 17.1 LET y 12 LOLS, como se expusiera, determinan la nulidad de aquellas cláusulas que contengan discriminaciones favorables o adversas por razón de afiliación o no a sindicatos. Lo que no significa, sin embargo, impedir que existan determinadas ventajas para quienes se hallen afiliados a un sindicato.

IX. Apunte final

Con el trasfondo constitucional analizado, no cabe duda de que la libertad individual sindical de los futbolistas queda protegida si, para acceder al Plan de Ahorro en cuestión, no se exige la condición de afiliado a la AFE -sindicato que, en su día, negoció, en tanto sindicato mayoritario, la gestión de la financiación del mismo-. De ahí que el sindicato que considera vulnerado su derecho fundamental a la libertad sindical, Sindicato de Futbolistas "Futbolistas ON", no reclame, con buen criterio, ni la consideración de sus afiliados en cuanto tales para la titularidad de derechos -cometería el mismo error que impugna-, ni la participación en la gestión de los fondos -reservada a sindicatos con mayor representatividad-, ni otras circunstancias derivadas del origen de este pacto -un acuerdo de fin de huelga alcanzado en un momento en que el sindicato demandante no existía -.

Pero, teniendo en cuenta que, en nuestro ordenamiento, se admiten determinadas ventajas reservadas a afiliados a sindicatos en la negociación colectiva, procedería haber analizado con más precisión el origen, la naturaleza, el contenido y la eficacia del pacto en cuestión. Pues, como señalara la STC 68/1982, de la libertad sindical negativa no se puede extraer la consecuencia de que *“el legislador atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindicuen, pues en tal caso no se está haciendo la sindicación obligatoria y la diferencia de régimen jurídico será legítima si lo es dentro del campo del artículo 14 CE, siempre que no entrañe presión o coacción”* (FJ 3). De ahí que, en nuestro ordenamiento, la licitud o no de estas cláusulas dependa del carácter estatutario o extraestatutario del Convenio en cuestión, siendo ilícitas en el primero, al tener una eficacia normativa y personal *erga omnes*, y considerándose lícitas en el segundo, al limitar sus efectos a los afiliados al sindicato negociador.